

Por:

Carmen Sánchez Trigueros*

REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA Y EN ORIGEN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Resumen

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha sido, a lo largo de su vigencia, objeto de diversas modificaciones, la última de las cuales corresponde a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (B.O.E. 12 de diciembre), que entre otros preceptos ha reformado el artículo 39, relativo al contingente de trabajadores extranjeros, pudiendo destacarse, como innovaciones principales, la nueva denominación del procedimiento como gestión colectiva de contrataciones en origen y la atribución al Ministerio de Trabajo e Inmigración de la facultad para su aprobación. La nueva redacción del artículo 39 introducido por la referida Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, faculta al Ministerio de Trabajo e Inmigración para aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado a los que sólo tendrán acceso aquellos trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España. Por otra parte, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, consciente de la importancia de la contratación en origen de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario, como instrumento de ordenación de flujos migratorios y de la necesidad de garantizar la cobertura de las ofertas de empleo no cubiertas por el mercado de trabajo nacional, ha considerado conveniente aprobar las cifras previstas de empleos que se pueden cubrir a través de la gestión colectiva de las contrataciones, previamente propuestas por las Comunidades Autónomas.

Palabras clave: Trabajadores extranjeros, ofertas de empleo, flujos migratorios, gestión colectiva de las contrataciones.

Abstract

The Law 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, has been, throughout its term, subject to various modifications, the last of which corresponds to the Law 2/2009 of 11 December, which among

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Decana del Centro adscrito ISEN Formación Universitaria (Universidad de Murcia). Directora del Foro Aranzadi Social Cartagena. Miembro del Consejo Rector de la Escuela de Práctica Laboral de Cartagena (Universidad Politécnica de Cartagena). Miembro del Consejo de Redacción de las Revistas Aranzadi Social, Aranzadi Doctrinal y Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: carmenst@um.es.

other provisions has amended article 39 related to the quota of foreign workers; may be observed, as major innovations, the new name of the procedure as collective hiring at source and giving the Ministry of Labour and Immigration the authority for approval. The new wording of Article 39, introduced by the Law 2/2009 of December 11, empowers the Ministry of Labour and Immigration to approve an annual estimate of occupations and, where appropriate, the number of jobs that may be covered through the collective management of contracts at source in a given period that have access only those foreign workers who are not staying or residing in Spain. Moreover, the Ministry of Labour and Immigration, aware of the importance of hiring foreign workers as an instrument of management of migratory flows and the need to ensure coverage of jobs not covered by the national labor market, has considered convenient to approve the employment figures provided can be covered by the collective management of recruitment, previously proposed by the Autonomic Communities.

Keywords: Foreigners, labor market, migratory flows, collective management of recruitment.

Sumario

I. ORIGEN Y SIGNIFICADO PRIMARIO. 1. Rasgos caracterizadores. 2. Contrataciones colectivas en origen versus contrataciones individuales. II. EVOLUCIÓN: DEL "CONTINGENTE" A LA FIGURA ACTUAL. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN. 1. Aspectos básicos. 2. Preferencia de ciertos nacionales. 3. El visado para la búsqueda de empleo. IV. LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN PREVISTA PARA 2010. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. ORIGEN Y SIGNIFICADO PRIMARIO

Desde hace tiempo -antes incluso de la entrada en vigor de la LO 7/1985¹-, el sistema español de control de los flujos migratorios laborales se ha venido desarrollando a través de la gestión individual de las contrataciones en origen. Hasta 1993, los trabajadores extranjeros únicamente podían acceder al mercado nacional de trabajo a través de la solicitud individual de un permiso de trabajo, cuya concesión dependía de la valoración de la situación nacional de empleo. A partir de junio de 1990, se desarrolla un proceso de regularización extraordinario, que junto a su predecesor en el año 1986, como fórmula de gestión colectiva de contrataciones en origen, se convierten en el antecedente inmediato del contingente de mano de obra extranjera de 1993².

¹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 3 de julio de 1985).

² Los cambios sociales y la misma entrada en la CE comenzaron a hacer que España apareciera en el mapa internacional como un posible país de destino de los trabajadores migrantes, porque el mercado de trabajo comenzó a emitir señales de demanda de trabajadores en lo que se ha calificado como la segunda etapa de la inmigración en España. Esta nueva situación condujo a que en 1990, a instancias del Parlamento, el Gobierno presentara una Comunicación al Congreso de los Diputados sobre la "Situación de los extranjeros en España. Líneas básicas de la política española de extranjería". A

A lo largo de los años noventa, la falta de experiencia en materia de inmigración unida a la acuciante necesidad de una gestión de los flujos migratorios, que comenzaban a ser cada vez más importantes, generó una improvisada regulación en busca de la configuración de un sistema efectivo de canalización de los mencionados flujos, lo que ha supuesto la búsqueda de distintos mecanismos: solicitud individual de autorización de residencia y trabajo, regularización masiva a través de procesos de regularización extraordinaria, contingentes, regularizaciones individuales por arraigo, convenios bilaterales, etc., que han ido evolucionando conforme a las necesidades del momento y cuya regulación ha sido fruto de las constantes reformas.

En la actualidad, puede distinguirse entre las vías ordinarias de entrada de mano de obra extranjera y las extraordinarias.

Las ordinarias constituyen un modo de contratación en origen, mientras que con las extraordinarias se produce una regularización de los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular. Las modalidades ordinarias de acceso al mercado nacional de trabajo son dos: una, de gestión individual: la solicitud individual de autorización de residencia y trabajo, instada por el empleador que pretenda contratar a un determinado extranjero, o por éste directamente, cuando se trate de un trabajador por cuenta propia, y condicionada, salvo puntuales excepciones (las dispuestas en el art. 40 LOE³), a la valoración individualizada de la situación nacional de empleo; y otra, de gestión colectiva: el contingente de trabajadores extranjeros fijado por el Gobierno, el cual valora genéricamente la situación nacional de empleo y estima un número de trabajadores extranjeros por provincias y sectores de actividad que podrán entrar en España para cubrir las demandas empresariales.

Las fórmulas extraordinarias son igualmente dos⁴: una, de gestión individual: las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 31.3 LOE y art. 45 RLOE⁵); y otra, de gestión colectiva: los procesos extraordinarios de regularización, que suelen acontecer básicamente cuando se produce un cambio en la normativa de extranjería⁶.

partir de las grandes líneas expuestas en ese documento, el Parlamento aprobó (marzo de 1991) una "Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España".

³ LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, LO 14/2003, de 20 de noviembre y por LO 2/2009.

⁴ Téngase en cuenta que aunque los sistemas extraordinarios no están configurados propiamente como sistemas de acceso al mercado de trabajo, en la mayoría de los casos los inmigrantes que entran en territorio nacional necesitan trabajar para poder mantenerse, por lo que estas fórmulas legalizadoras normalmente suponen la consecución de una autorización para trabajar y terminan siendo otra de las posibles vías para trabajar en España regularmente.

⁵ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre y por LO 14/2003, de 20 de noviembre.

⁶ Para mayor abundamiento sobre cualquiera de los procesos de regularización extraordinaria acaecidos en España *Vid.* FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario*

Así pues, el contingente de trabajadores extranjeros, aunque nace ligado a los procesos extraordinarios de regularización, es por antonomasia el mecanismo de gestión colectiva de contratación en origen de mano de obra extranjera del sistema español. Consiste en una previsión genérica de la mano de obra extranjera necesaria para cubrir las ofertas de empleo que los nacionales, comunitarios y residentes legales no pueden atender. Para ello se realiza una valoración colectiva de la situación nacional de empleo y según el resultado de la misma se concretan las ocupaciones y, en su caso, las cifras previstas de empleos, que durante un periodo determinado (un año) se pueden cubrir con extranjeros que no se hallen o residan en España.

Tiene una doble vertiente: por un lado, es una estimación técnica, ya que para su formulación se precisa una valoración de los puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por mano de obra nacional; y por otro lado, es un instrumento de la política de empleo, en el sentido de que está sujeto a variaciones, en función de su utilización como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo⁷.

Este sistema es muy ventajoso para el Estado receptor porque es éste el que define la política de inmigración según sus necesidades e intereses, para responder a su mercado nacional de trabajo, prescindiendo de cualquier otro elemento derivado de las tendencias de los flujos migratorios⁸.

No se trata de ningún modelo creado *ex novo* en el sistema español, muy al contrario, representa uno de los modelos típicos de control de mano de obra extranjera dentro de las políticas migratorias de nuestro entorno⁹ y se inscribe en el proceso de convergencia europea de la política española de extranjería¹⁰, dirigida a lograr la articulación de un espacio común sin fronteras, en el que los ciudadanos de la Unión Europea puedan ejercer el derecho de libre circulación y residencia, manteniendo los actuales niveles de seguridad interior¹¹.

en España, Labofum, Murcia, 2007, pp. 251 y ss.

⁷ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Yolanda. "Comentario al art. 37", en: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 209-210.

⁸ REGA RODRÍGUEZ, Ana Luisa. "El trabajo de los extranjeros en España", en: PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Coord.). *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant monografías, 2004, p. 229.

⁹ En este sentido, PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel. "La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre", *Tribuna Social*, núm. 122, 2001, p. 54, nota 76, señala como ejemplo el caso de Italia, donde se fija anualmente una cuota de extranjeros de acuerdo a diversos criterios: situación del mercado de trabajo interno (medido en términos nacionales -macrosociales-, y no en términos regionales -microsociales-), número de trabajadores inscritos en las oficinas de empleo, y número de extranjeros presentes en el territorio en busca de empleo.

¹⁰ CHARRO BAENA, Pilar. "Comentario art. 39", en: CAMPO CABAL, Juan Manuel (Coord.). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 284-285.

¹¹ Cfr. APRELL LASAGABASTER, María de la Concepción. "El "contingente de autorizaciones" para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios: evaluación y evolución (1993-1999)", en: ABAD MONTES, Francisco y DELGADO PADIAL, Antonio. *Inmigración y relaciones laborales, II Jornadas*

1. Rasgos caracterizadores

Las notas básicas de la gestión colectiva de contrataciones en origen: temporalidad; valoración colectiva de la situación nacional de empleo; contratación en origen; elaboración consensuada teniendo en cuenta las consideraciones de los agentes sociales; y empleo de la tipología de autorizaciones y del procedimiento de concesión previsto en la Ley y en el Reglamento con carácter general, definen esta figura en relación con la gestión individual de contrataciones en origen.

a) Temporalidad. La gestión colectiva de contrataciones en origen tiene una periodicidad anual, a diferencia del procedimiento de solicitud individual de una autorización de residencia y trabajo que es atemporal. A través de ésta se valora la situación nacional de empleo anualmente, concretando las ocupaciones y, en su caso, las cifras previstas de empleos, que durante un periodo determinado (un año) se pueden cubrir con extranjeros que no se hallen o residan en España. No obstante, ello no significa que todos los años tenga que establecerse un cupo de trabajadores extranjeros, pues cabe la posibilidad de que éste pueda ser cero¹².

b) Valoración colectiva de la situación nacional de empleo. Mientras que en el procedimiento de concesión individual de una autorización de residencia y trabajo la valoración de la situación nacional de empleo se realiza tomando como referencia el concreto puesto de trabajo que se pretende ocupar, para la gestión colectiva de contrataciones en origen la valoración de la situación nacional de empleo es colectiva y se efectúa en la fase previa de elaboración. En dicha fase, de forma genérica el Estado tendrá en cuenta la situación nacional de empleo con el objeto de establecer por sectores de actividad y provincias los puestos de trabajo que podrán ser cubiertos por extranjeros que no se hallen ni residan en España.

c) Contratación en origen. Pese a que en sus orígenes el contingente estuvo ligado a los procedimientos de regularización extraordinaria (hasta la fecha, el año en el que tiene lugar un proceso de regularización extraordinaria no se convoca contingente de mano de obra extranjera), por definición una de las notas fundamentales de la gestión colectiva de contrataciones en origen es que ésta se dirige a los trabajadores “que no se hallen ni residan en España”. Dado que las fórmulas ordinarias se caracterizan precisamente por la contratación en origen, éste es un aspecto común a la solicitud individual de una autorización de residencia y trabajo¹³.

andaluzas de relaciones laborales, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Universidad de Granada, 1999, p. 191.

¹² De hecho en un principio se preveía que para el año 2009 el contingente de trabajadores extranjeros hubiera sido cero y aunque finalmente se ha establecido un número provisional de ofertas de empleo para trabajadores extranjeros, en un considerable número de Comunidades Autónomas el contingente ha sido cero (Asturias, La Rioja, Comunidad Valenciana, Murcia, Castilla-La Mancha, Madrid, Baleares, Canarias y la Ciudad Autónoma de Melilla).

¹³ Con todo, debe indicarse que la contratación de extranjeros irregulares ha sido una constante en ambos sistemas que se ha intentado paliar a través de las continuas reformas, y que parece haberse

d) Elaboración consensuada teniendo en cuenta las consideraciones de los agentes sociales. El cupo de trabajadores extranjeros es fruto del consenso, pues en su confección/elaboración habrán de ser tenidas en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y su adopción se realizará previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración¹⁴.

e) Empleo de la tipología de autorizaciones y procedimiento de concesión previsto en la Ley y en el Reglamento con carácter general. No se crea ningún tipo de autorización *ad hoc*, ni un procedimiento exclusivo para esta vía de acceso al mercado nacional de trabajo. Tanto las modalidades de autorización que se conceden a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, como el propio procedimiento para su consecución son los mismos que la normativa prevé con carácter general, con las particularidades que se introduzcan en la Orden por la que se regule la gestión colectiva de contrataciones en origen para ese año.

2. *Contrataciones colectivas en origen versus contrataciones individuales*

Los dos mecanismos ordinarios de gestión de flujos laborales de origen extranjero: la solicitud individual de autorización de residencia y trabajo y la gestión colectiva de contrataciones en origen, son concebidos como dos sistemas independientes, considerándose el sistema de gestión individual, desde la promulgación de la LO 4/2000¹⁵, como el régimen general de acceso al mercado nacional de trabajo. No obstante, aunque en teoría ninguno de ellos ha de prevalecer sobre el otro, en la práctica, desde la aprobación del primer contingente con la entrada en vigor de la LO 4/2000, la relación entre ambos ha sido un tema muy controvertido.

El primer contingente tras la publicación de la LO 4/2000 fue el de 2002, ya que en el año 2000 y en el 2001 no se ofertaron contingentes, por hallarse en curso un proceso de regularización en ambos casos¹⁶. Este contingente aprobado a

conseguido con la supresión de la exención de visado introducida por la LO 14/2003.

La exención de visado significaba la posibilidad de conseguir, excepcionalmente, un permiso de residencia inicial en España careciendo del preceptivo visado y encontrándose en territorio español. Vid. FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. 2007, p. 204, especialmente nota a pie de página 826.

¹⁴ De acuerdo con la Disposición adicional decimoquinta del RLOE, se crea como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (hoy Ministerio de Trabajo e Inmigración), a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, de la que formarán parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal.

Dicha Comisión será informada sobre la evolución de los movimientos migratorios en España y, en todo caso, será consultada acerca de la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y sobre la propuesta de contingente anual de trabajadores extranjeros, así como sobre las propuestas de contratación de trabajadores de temporada que se determinen.

La Orden TAS/17313/2005, de 3 de junio, regula su composición, competencias y régimen de funcionamiento.

¹⁵ LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000).

¹⁶ En el año 2000, con motivo de la entrada en vigor de la LO 4/2000, en cumplimiento de su Disposición Transitoria Primera se publicó el RD 239/2000, de 18 de febrero (BOE de 19 de febrero de 2000), por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros, concretado,

través de la Resolución de 11 de enero de 2002 de la Subsecretaría (Ministerio de la Presidencia) que dispuso la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determinó el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002¹⁷, fue muy polémico porque pretendía la anulación de cualquier otra vía de acceso al mercado nacional de trabajo fuera del mismo.

El problema se originó a raíz del tenor literal del punto 3 del apartado noveno de dicho Acuerdo que disponía que “Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pueden cubrirse a través del contingente anual, o a través del mecanismo regulado en el punto 2 de este apartado, se tramitarán por este procedimiento en aplicación del art. 65.11 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica aprobado por Real Decreto 864/2001¹⁸, de 20 de julio, y por tanto, serán inadmitidas a trámite si se formulan a través de un procedimiento distinto del regulado en el presente Acuerdo”. En consecuencia, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones emitió el 16 de enero de 2002 una Circular, la número 1/2002, por la que se remitieron instrucciones a las diversas Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno en el sentido de inadmitir a trámite las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado “régimen general” que pudieran cubrirse por el citado contingente y de denegar las del mismo tipo “que no puedan cubrirse” por aquél, lo que determinó que durante el año 2002 fueran denegadas las solicitudes individuales de permiso de trabajo.

Muchas de las resoluciones denegatorias de las solicitudes individuales de permiso de trabajo fueron recurridas ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, produciéndose un gran número de resoluciones judiciales de los Juzgados¹⁹ y de los Tribunales Superiores de Justicia²⁰, sobre las cuales se ha ma-

a su vez, por disposiciones posteriores, como la Resolución de 20 de marzo (BOE de 22 de marzo de 2000), de la Subsecretaría, que dispuso la publicación de la Resolución de 16 de marzo de 2000, de la Dirección General de Policía y de la Dirección General de Policía Interior del Ministerio de Interior y de la Dirección General de Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se aprobaron las instrucciones relativas al procedimiento de regularización.

Con la entrada en vigor de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 23 de diciembre de 2000) se volvió a establecer otro procedimiento de regularización extraordinaria, previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la LO 8/2000. En cumplimiento de dicha Disposición se publicó el RD 142/2001, de 16 de febrero (BOE de 20 de febrero de 2001), por el que se establecieron los requisitos de dicho proceso.

¹⁷ BOE de 12 de enero de 2002.

¹⁸ Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 21 julio de 2001).

¹⁹ *Vid.*, entre otras, las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Valencia, de 18 de noviembre de 2002, o la sentencia del número uno de Alicante, de 26 de noviembre de 2002.

²⁰ Cabe reseñar la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de abril de 2003, recurso de apelación nº 531/2003 (RJCA 2003, 718), cuyos razonamientos son destacados por el propio Tribunal Supremo.

nifestado gran parte de la doctrina científica²¹. No obstante, ha sido el Tribunal Supremo el que finalmente se ha pronunciado al respecto declarando la nulidad del apartado noveno, punto 3, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determinó el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, en el entendimiento de que el Acuerdo no se ajustaba en ese punto a los preceptos del Reglamento, incurriendo en nulidad por infracción del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos²² [SSTS (Sala 3ª) de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 3382, 3441 y 3288) y de 12 de abril de 2004 (RJ 2004, 3361 y 3362)].

El Tribunal Supremo resuelve el conflicto en la línea adoptada por los Tribunales Superiores de Justicia, teniendo muy presente la perspectiva del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), manifestada en sentencia de 15 de abril de 2003, recurso de apelación núm. 531/2003 (RJCA 2003, 718) y recuerda que “La perspectiva general adoptada por los Tribunales Superiores de Justicia ha sido la de considerar que procede entrar en el examen de las ofertas nominativas de empleo correspondientes al período de vigencia del Acuerdo” [SSTS (Sala 3ª) de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 3382 y 3288)]. En este sentido distingue dos posturas:

a) La admisión de “la invocación de la ausencia de contingente asignado para la zona como fundamento de la existencia de demandantes inscritos en los servicios públicos de empleo aptos para cubrir el puesto de trabajo, si bien subordinando su examen a la consideración de la situación nacional del empleo de acuerdo con los datos resultantes de la gestión de la oferta por dichos servicios, especialmente en orden a la justificación de si las condiciones de los mismos son aptas para cubrir el puesto de trabajo cuando existan preferencias legales o condiciones especiales (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Castilla y León, con sede en Burgos, de 30 de mayo de 2003, rec.

²¹ Vid. BOU FERNÁNDEZ, Gonzalo. “Sobre la ilegalidad del Contingente 2002. Comentario a la Sentencia de 18 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Valencia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 2, marzo 2003, pp. 107-112, GÓNZALEZ PENEDO, Manuel. “Comentarios a una sentencia sobre denegación de permiso de trabajo y residencia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 2, marzo 2003, pp. 113-118, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael y TOLOSA TRIBIÑO, César. “El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia. (Consideraciones sobre el contingente para el 2003)”, *Relaciones Laborales- La Ley*, 2004, p. 99.

²² “El Acuerdo, haciendo uso de la habilitación conferida por la Ley (artículo 39) y el Reglamento (artículo 65), establece las “particularidades” procedimentales que corresponden a la “modalidad del contingente anual”. No obstante, en esta labor, el Acuerdo, apoyándose en una interpretación del artículo 65.11 que no es aceptable desde el punto de vista literal y sistemático (como se razona en el fundamento séptimo), hace prácticamente inaplicable la modalidad general que resulta del régimen establecido por el Reglamento y, particularmente, excluye de la misma, en contra de lo previsto en el expresado precepto, los supuestos de ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera y no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en él, o porque se haya agotado el contingente establecido para el correspondiente sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia”.

340/2002 [PROV 2003, 153936], 30 de mayo de 2003, rec. 373/2002 [PROV 2003, 153938], 6 de junio de 2003 (rec. 41/2003 [PROV 2003, 146006], 6 de junio de 2003, rec. 412/2002 [PROV 2003, 146005], y 13 de junio de 2003 [PROV 2004, 165])”.

b) Más general ha sido “la tendencia a apreciar explícitamente la incompatibilidad del sistema de inadmisión de las ofertas nominativas de empleo ordenada por la instrucción 7ª, punto 5 de la Circular con el sistema derivado de la Ley (RCL 2000, 72, 209) y el Reglamento, y del propio Acuerdo impugnado. En las resoluciones en que esta tendencia se manifiesta se hace derivar de la Ley y el Reglamento la facultad de presentar ofertas nominativas de trabajo a favor de trabajadores extranjeros, se hallen o no en España, en tanto la oferta no haya sido atendida por la vía del contingente, como ocurre singularmente en los lugares y sectores en que no existe contingente señalado (sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra de 18 de julio de 2003 [PROV 2003, 219832], del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de febrero de 2003, rec. 1398/2002 [PROV 2003, 115892], 7 febrero 2003, rec. 1397/2000 [PROV 2003, 115891], 2 de mayo de 2003 [PROV 2003, 181698] y 13 de junio de 2003 [PROV 2003, 190392], del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de febrero de 2003 [PROV 2003, 122744], 21 de marzo de 2003 [PROV 2003, 137127] , 6 de junio de 2003 [PROV 2003, 194889] y 21 de mayo de 2003). Estas ofertas deberán resolverse, en sentido estimatorio o desestimatorio, a tenor de la apreciación de los requisitos exigidos conforme a la «modalidad general»”.

Así pues, todo lo acontecido a consecuencia del contingente de 2002 confirma que no existe una relación de subordinación entre la gestión colectiva de contrataciones en origen y la gestión individual, en el sentido de que el hecho de que no se haya establecido un cupo de trabajadores extranjeros para una ocupación en un sector de actividad y en una provincia, no significa que se haya realizado una valoración de la situación nacional de empleo que imposibilite la gestión individual de contrataciones en origen. El empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero podrá optar entre uno u otro sistema, si bien, cuando se haya establecido un cupo de trabajadores extranjeros para el sector, la ocupación y el ámbito territorial para el que el empresario desea contratar mano de obra extranjera, lo lógico es que si puede acceder a la modalidad de gestión colectiva lo haga, pues a través de ésta los trámites son más sencillos, entre otras razones porque ya no será necesaria una valoración de la situación nacional de empleo.

II. EVOLUCIÓN: DEL “CONTINGENTE” A LA FIGURA ACTUAL

El primer contingente de extranjeros tiene su origen en la Proposición no de Ley, aprobada por el Congreso de los Diputados de 9 de abril de 1991, a través de la Resolución de 4 de abril de 1993, que dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de mayo de 1993 y la Resolución de 14 de junio de 1993²³, por la

²³ BOE de 17 de junio de 1993.

que se dictaron las instrucciones generales y de procedimiento. Una vez acaecido este contingente, que originariamente se planteó como una fórmula provisional, experimental, e incluso excepcional²⁴, año tras año se fueron sucediendo la aprobación de nuevos cupos de extranjeros, adquiriendo una periodicidad anual, aunque no quedó plasmado en la normativa de extranjería hasta que en 1996, coincidiendo con la publicación del nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería entonces vigente, el RD 155/1996²⁵, en su art. 70, previó la posibilidad de establecer, en su caso, un contingente de mano de obra extranjera y la regulación específica de su ejecución²⁶. Así pues, desde 1996 el contingente de trabajadores extranjeros queda recogido en la normativa de extranjería, aunque su regulación en una norma con rango de Ley no llegó hasta el año 2000.

La LO 4/2000 es la primera norma con rango de Ley, y además orgánica, que regula en España el contingente de trabajadores extranjeros, con la que se pretende que esta fórmula se consolide como un auténtico sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen²⁷. Con todo, ésta no tardó en ser modificada por la LO 8/2000²⁸, que además reenumeró el art. 37 LO 4/2000, pasando a convertirse en el art. 39 de la LO

²⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La política de contingentes: funciones y disfunciones como instrumento de control de la inmigración”, en: VV.AA. *Jornadas sobre la Ley de Extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral*, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Universidad de Granada, Granada, 2001, p. 44.

²⁵ La LO 7/1985, fue desarrollada por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (BOE de 12 de junio de 1986, corrección de errores en BOE de 23 de agosto de 1986). La necesidad de una reforma de la normativa de extranjería y en concreto del Reglamento de Ejecución se materializó el 2 de febrero de 1996 en la aprobación de un nuevo Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985 por RD 155/1996 (BOE de 24 de febrero de 1996).

²⁶ SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen. “El régimen jurídico de los contingentes en España”, en: ABAD MONTES, FRANCISCO y DELGADO PADIAL, Antonio. 1999, pp. 210-211, destaca como notas características del contingente regulado en el art. 70 del Reglamento de 1996: su carácter subsidiario; la aceptación de que en realidad existe toda una serie de puestos de trabajo respecto de los que, dada su naturaleza precaria, hay dificultad o incluso imposibilidad de atenderlos, pese a la actual crisis que padece el mercado laboral español; y la necesidad de evitar que las distintas oportunidades de empleo provoquen entre los inmigrantes numerosas demandas que pueden dar lugar a situaciones de abuso e irregularidad, pudiendo dar cobertura incluso al tráfico clandestino de inmigrantes.

²⁷ Tres son las novedades más reseñables de la reformulación del contingente a través del art. 37 LO 4/2000, con respecto al Reglamento de 1996: La obligación de su establecimiento anual; la consulta al Consejo Superior de Política de Inmigración; la necesidad de que vaya dirigido exclusivamente a los trabajadores extranjeros “no residentes en España”. Además, no se prevé ninguna limitación respecto a los sectores y actividades profesionales que puedan ser cubiertos mediante esta vía, ya que desde 1999, año en el que se amplió el contingente a todos los sectores de actividad, éste terminó de estar restringido a unos determinados sectores. *Vid.* PUERTA VILCHEZ, Juan Manuel. “El contingente de trabajadores extranjeros”, en: MOYA ESCUDERO, Mercedes (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 381-382.

²⁸ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 23 de diciembre de 2000).

4/2000, reformada por LO 8/2000²⁹. Igualmente, quedó afectada por la LO 14/2003³⁰, que introdujo dos importantes novedades: el visado para la búsqueda de empleo y la preferencia por la mano de obra de los nacionales de países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos. Y finalmente se ha visto retocada por la última reforma de la Ley, por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, con la que se renombra el mítico contingente de trabajadores extranjeros con el término, más genérico, “gestión colectiva de contrataciones en origen”.

La última redacción del artículo 39 LOE no acarrea ningún cambio ciertamente significativo en el mecanismo de gestión colectiva de contrataciones en origen.

Por lo que hace a su aprobación, el órgano competente ya no será el Gobierno, sino que se especifica que ha de ser el Ministerio de Trabajo e Inmigración el que adopte la decisión previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, teniendo en cuenta las propuestas, que previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas. De la redacción anterior podía colegirse que las propuestas para fijar el contingente podían llegar tanto por parte de las Comunidades Autónomas, como de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, si bien, en el art. 79.1 RLOE especificaba que las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas “se realizarán tras haber recibido las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial, y, en su caso, las consideraciones que les hubieran hecho llegar las organizaciones sindicales de idéntico ámbito”. Además, se elimina la consideración de un informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes elaborado a tal efecto por el Consejo Superior de Política de Inmigración, órgano que queda suprimido en la nueva redacción del art. 68 LOE, que en su lugar crea la Conferencia Sectorial de Inmigración.

Con el vigente art. 39 LOE cabe cuestionarse la posibilidad de realizar ofertas de empleo nominativas, pues el texto de la Ley ya no menciona dicha posibilidad, que por otro lado resultaba cuanto menos llamativa en un sistema de gestión colectiva de ofertas de empleo. Pero la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010, ha vuelto a prever que las ofertas de empleo, tanto de carácter estable como temporal, pueden ser formuladas de forma genérica o nominativa, por lo que no puede colegirse que la LO 2/2009 haya desterrado las ofertas de empleo nominativas de la gestión colectiva de contrataciones en origen.

²⁹ Con la LO 8/2000: se matiza la periodicidad del contingente; se refuerza el papel de las CCAA en la confección del contingente; se concreta la necesidad de que el extranjero no se encuentre en territorio nacional; y se establece que lo que hasta ahora se contemplaba como excepciones al contingente de extranjeros (en el sentido de la concesión del permiso prescindiendo del “cupos” art. 38 LO 4/2000), pasan a ser “supuestos específicos” (art. 40 LO 4/2000, reformada por LO 8/2000).

³⁰ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000 (BOE de 21 de noviembre de 2003).

Tras la LO 2/2009 desaparece del artículo 39 LOE el apartado en el que se señalaba que “los visados para la búsqueda de empleo autorizarán a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el periodo de estancia de tres meses, en los que podrá inscribirse en los servicios públicos de empleo correspondientes. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedará obligado a salir del territorio, incurriendo en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.a de esta Ley, sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años”. Sin embargo, tal supresión no significa que el visado para la búsqueda de empleo no continúe estando limitado a un periodo de estancia de tres meses, pues si se acude a la tipología prevista en el art. 25 bis LOE, podrá observarse que el extranjero que pretenda entrar en España para la búsqueda de un empleo habrá de estar provisto de un visado de residencia y trabajo “que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado. En este tiempo deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.1.a) de esta Ley”.

Por último, teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la última reforma de la LOE es precisamente “Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo, y a las competencias estatutarias en materia de acogida e integración, así como potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que, asimismo, inciden en materia de inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos. Dado que durante el último periodo legislativo se han aprobado diversas reformas en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que, por primera vez, incorporan competencias vinculadas a la inmigración, es lógico que se adapte su marco regulador al nuevo reparto competencial”, debe destacarse que el art. 39 LOE en su párrafo 2 referido al procedimiento de concesión de autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen señala que “En la gestión del mismo se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial”³¹.

³¹ Fruto de la enmienda número 684 del grupo parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Cuya justificación manifiesta que “Al traspasar al Ministerio de Trabajo e Inmigración la decisión sobre los contingentes, la Ley ha de prever expresamente la exigencia, reconocida en distintos estatutos de autonomía, entre los cuales el de Catalunya, en cuyo artículo 138.3 se recoge la necesidad de consultar a la Generalitat de Catalunya en la elaboración de la figura que sustituye el contingente denominada por el Proyecto de Ley como «gestión colectiva de contrataciones en origen»”.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN

1. Aspectos básicos

La gestión colectiva de contrataciones en origen comporta dos fases bien diferenciadas: la elaboración de la Orden³² por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen en la que se aprueba el cupo de trabajadores extranjeros que podrán acceder al mercado nacional de trabajo, es decir, la previsión de ocupaciones y, en su caso, de las cifras de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen a lo largo del año, así como el número de visados para búsqueda de empleo; y el conjunto de acciones de ejecución, la tramitación de esas ofertas hasta convertirse en concretas autorizaciones de residencia y trabajo, acciones que van desde la solicitud de mano de obra extranjera por parte del empresario, hasta la incorporación del trabajador extranjero a su puesto de trabajo tras su afiliación y/o alta en el sistema español de Seguridad Social.

La LOE no regula ambas facetas de la gestión colectiva de contrataciones en origen, sino que es preciso acudir al RLOE para la fase de elaboración y a la Orden TIN por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen, a la que remite el propio RLOE, para la ejecución. Con respecto a la elaboración, la LOE únicamente dispone quién es el órgano competente para establecer el cupo de trabajadores extranjeros, una escasa referencia a las previsiones que puede contener y la exigencia de que las ofertas de empleo se orienten preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. Siendo aún más exigua la alusión a la ejecución, que se reduce a señalar que “El procedimiento de concesión de autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes. En la gestión del mismo se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial”.

Conforme con lo preceptuado en la LOE, el Ministerio de Trabajo e Inmigración es el encargado de aprobar el cupo de trabajadores extranjeros, si bien, como se ha puesto de relieve al enumerar las características de la gestión colectiva de contrataciones en origen, ésta no es una decisión unilateral, pues para su elaboración se “tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración”.

³² Téngase en cuenta que con anterioridad a la LO 2/2009, como la competencia para la aprobación del entonces denominado contingente se atribuía al Consejo de Ministros, dicho contingente se aprobaba por Acuerdo de Consejo de Ministros, por ello, todas las referencias del Reglamento en este sentido se hacen al Acuerdo por el que se aprueba el contingente, en vez de a la Orden TIN por la que se aprueba la gestión colectiva de contrataciones en origen.

La LOE no detalla los aspectos relativos a las previsiones que ha de contener la Orden por el que se aprueba anualmente la gestión colectiva de contrataciones en origen, se limita a disponer que se “podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un periodo determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones”.

Dejando al margen los visados para búsqueda de empleo, que merecen una atención especial y que por ello son tratados de forma independiente en otro apartado, es preciso destacar que el cupo de ofertas de empleo que se aprueba es provisional, con el objeto de que a lo largo del año se pueda revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo admisibles para adaptarlas a la evolución del mercado, ganando cierta agilidad y flexibilidad en la canalización de los flujos laborales.

A través de la gestión colectiva de contrataciones en origen fundamentalmente se pretenden cubrir ofertas de carácter estable, pero en la práctica no sólo se prevé un número de ofertas de empleo de carácter temporal, sino que además ha de señalarse que éste es el mecanismo por el que se gestionan la inmensa mayoría de contrataciones de trabajadores de temporada. Dichas ofertas de empleo de carácter temporal podrán formularse para atender actividades: de temporada o campaña, con una duración máxima de nueve meses dentro de un periodo de doce meses consecutivos; y de obra o servicio, cuando su duración prevista no exceda de un año, para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de ferrocarriles y de suministros de gas, eléctricos y telefónicos, instalaciones y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.

Del mismo modo, aunque en principio este sistema está concebido para la gestión de ofertas de empleo genéricas, también se gestionan ofertas de empleo nominativas, tanto de carácter estable como temporal, y aunque del tenor literal del art. 39 LOE ha desaparecido la alusión a la posibilidad de realizar ofertas nominativas éstas siguen estando presentes en la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010. Esas ofertas nominativas han quedado limitadas en la Orden TIN/3498/2009 por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010, en los mismos términos que en el Acuerdo por el que se aprobó en su día el contingente para 2009, a los siguientes supuestos: “1. Cuando la selección se realice en el exterior por empresa que reúna los siguientes requisitos: a) Pertener al mismo grupo o ser de la misma titularidad que la empresa contratante; b) Tratarse de una empresa que no tenga como actividad única o principal la selección de trabajadores, salvo que ésta sea su actividad principal en España y siempre que los trabajadores vayan a prestar servicios en dicha empresa; c) Y garantizar la gratuidad del proceso de selección para los candidatos. 2. Cuando los trabajadores hayan sido titulares de una autorización de trabajo previa en España, y hayan acreditado ante la autoridad consular española el retorno a su país de

origen y se encuentren en el mismo. 3. En otros supuestos de carácter excepcional que sean autorizados expresamente por la Dirección General de Inmigración”.

Finalmente, conviene subrayar que la participación activa de las Comunidades Autónomas en la elaboración del contingente³³ es vital para que éste se adapte a las necesidades reales del mercado de trabajo, dado que son éstas quienes tienen transferidas las competencias en materia de gestión de empleo y quienes disponen de toda la información, que deben poner a disposición del Servicio Público de Empleo Estatal y de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, para determinar cómo evoluciona dicho mercado³⁴.

En este sentido, no puede obviarse que el traspaso a las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva que en esta materia reconocen determinados Estatutos de Autonomía ha generado la necesidad de que en el articulado del Reglamento se añada a través del Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que “cuando corresponda a la Administración autonómica la competencia ejecutiva sobre tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena, el Acuerdo de Contingente establecerá su intervención en los trámites de carácter laboral, así como en la recepción de solicitudes, admisión a trámite, comprobación de los requisitos laborales, emisión de informe sobre los mismos y su remisión a la Dirección General de Inmigración para continuación de los trámites. El procedimiento que se establezca para resolver la autorización solicitada contemplará que los órganos competentes de la comunidad autónoma y de la Administración General del Estado dicten, de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta, denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, que será firmada por los titulares de cada una de las Administraciones competentes, y expedida y notificada al solicitante por el órgano autonómico según lo previsto en el artículo 51.5 del presente Reglamento”.

2. *Preferencia de ciertos nacionales*

De acuerdo con el párrafo 3 del art. 39 LOE “Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios”. Tales Estados son en la actualidad diez: Ecuador, Colombia, Marruecos, República Dominicana, Rumania,

³³ Sobre la participación de las CC.AA en la distribución del contingente *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús. “La política de inmigración: una competencia compartida” en GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.). *Inmigración y trabajo de los extranjeros*, Oviedo, Consejería de Industria y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias, 2005, pp. 59 y ss.

³⁴ ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Artículo 78. Contenido del contingente”, en: RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (Dir.) y ROJAS RIVERO, Gloria Pilar (Coord.). *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p. 486.

República de Polonia, Bulgaria, la República Islámica de Mauritania, la República de Guinea-Bissau y Perú³⁵.

La preferencia por la mano de obra proveniente de estos países pese a ser una novedad incorporada al texto legal a través de la LO 14/2003, ya se había puesto en práctica en el contingente previsto para el año 2002³⁶. Con esta medida se entiende que la gestión de la mano de obra podrá realizarse con mayor rapidez y eficacia, puesto que en los referidos Acuerdos sobre regulación de flujos se prevén una serie de órganos de preselección y se dispone de todo un dispositivo para la ordenación de la inmigración hacia España, simplificando en gran medida el procedimiento.

Aunque esta preferencia por la mano de obra originaria de los países con los que España ha suscrito acuerdos sobre regulación de flujos migratorios no debe entenderse como la exclusión de la gestión colectiva de contrataciones en origen para los nacionales de otros países, algunos de ellos de gran tradición migratoria en España, es evidente que se dificulta el acceso al mercado de trabajo de los nacionales de esos otros países³⁷, generándose una cierta discriminación por razón de nacionalidad³⁸.

Para concluir, ha de reseñarse que estos Acuerdos fueron concebidos en sus orígenes como una de las vías de acceso al mercado nacional de trabajo por parte de los extranjeros, como la solicitud individual o el propio contingente, pero con la previsión legal de que los contingentes se orienten preferentemente hacia los países con los que se han suscrito los referidos Acuerdos, han quedado relegados a subsumirse en el sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen³⁹.

³⁵ ROJO TORRECILLA, Eduardo. 2007, p. 488, destaca que la firma de estos Acuerdos acontece con Estados con particularidades específicas que pueden justificar la firma del mismo, bien por tratarse de países vecinos como Marruecos, o Estados con los que nos unen estrechos lazos históricos, o simplemente, otros, como los países del este europeo que están proporcionando una amplia mano de obra básicamente durante temporadas.

³⁶ Ya el apartado 6 del art. 65 del RD 864/2001 atribuía a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones la función de “orientar sobre los mecanismos para permitir la selección de los trabajadores en los países de origen, teniendo en cuenta, en su caso, los Convenios o Acuerdos internacionales suscritos en esta materia”, y en el mismo sentido, el Acuerdo por el que se aprobó el contingente para 2002 disponía en el apartado 6º de su punto 5, que las ofertas genéricas de empleo se orientarán preferentemente hacia los países con los que se hayan firmado Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios.

³⁷ AGUELO NAVARRO, Pascual y CHARRO BAENA, Pilar. “El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 2, marzo 2003, p. 80.

³⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, p. 118.

³⁹ AGUELO NAVARRO, Pascual y CHARRO BAENA, Pilar. 2003, p. 80.

3. *El visado para la búsqueda de empleo*

La incorporación a la normativa del visado para la búsqueda de empleo, que ya había sido puesto en práctica referido al sector doméstico en el contingente previsto para el año 2002, fue una de las novedades⁴⁰ de la LO 14/2003. Dicho visado conlleva la autorización para una estancia de tres meses en territorio español con el objeto de buscar empleo, periodo en el que el extranjero podrá inscribirse en los servicios públicos de empleo correspondientes.

Con este visado se pretende resolver algunos de los principales problemas de la contratación en origen en general, como la dificultad de prever el número de ofertas disponibles, y la complejidad y la lentitud procedimental para contratar un trabajador extranjero en el momento en el que realmente se necesita la mano de obra, y de la gestión colectiva de las ofertas en particular, como es la necesidad de un contacto previo entre empresario y trabajador, máxime en determinados sectores como el servicio doméstico, en el que la especial relación de confianza entre empleado y empleador hace totalmente inoperante la contratación genérica de trabajadores⁴¹.

Pero la puesta en práctica del visado para la búsqueda de empleo también ocasiona una serie de problemas. Los sindicatos han advertido que los extranjeros que se vean en la disyuntiva entre aceptar cualquier empleo y retornar a su país de origen, pueden terminar aceptando trabajos bajo cualquier condición⁴², argumento que podría hacerse extensible a cualquier trabajador extranjero, que por miedo a quedar en situación irregular se aferre a un empleo con independencia de las condiciones laborales del mismo.

La mayor dificultad del visado para la búsqueda de empleo reside en el control de la salida de aquellos extranjeros que una vez transcurridos los tres meses previstos para la búsqueda de empleo no hayan podido ser contratados. El Reglamento es el que dispone tanto los medios de control de la salida como las consecuencias en caso con-

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. "Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, 20 de noviembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 251, 2003, p. 112, recuerdan que no se trata de una modalidad de visado absolutamente nueva, ya que además de aparecer en algunas iniciativas legislativas (esta posibilidad ya había sido barajada en los momentos previos de la reforma de la LO 7/1985, como aparece apuntado por el Comité Económico y Social de la UE, en su Dictamen 2001/C 260/19), que no llegaron a cristalizar, también ha sido experimentado, aunque con resultados poco halagüeños, por otras legislaciones comunitarias. De hecho, tal y como indica CAMÓS VICTORIA, Ignasi. "Artículo 81. Visados para la búsqueda de empleo" en RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (Dir.) y ROJAS RIVERO, Gloria Pilar (Coord.). 2007, p. 502, el sistema italiano preveía una modalidad de permiso de estancia para la inserción en el mercado de trabajo, también vinculado al contingente, introducido por la Ley n° 40 de 1998 (Boletín Oficial de 12 de marzo, suplemento ordinario número 40) y suprimido finalmente en el año 2002 con la entrada en vigor de la Ley n° 189, conocida como Bossi-Fini (Boletín Oficial de 26 de agosto), de modificación de la normativa de inmigración y asilo.

⁴¹ BALLESTER PASTOR, María Amparo. "Normas e infranormas laborales de extranjería aplicada al sector agrario (Ley Orgánica de Extranjería, RD 864/2001 y LO 14/2003)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2004, pp. 39-40.

⁴² CAMÓS VICTORIA, Ignasi. 2007, pp. 503-504.

trario. Según prescribe el Reglamento, si pasados los tres meses no se ha conseguido un empleo el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario, en la infracción contemplada en el art. 53 a) LOE. A los efectos de verificar la salida del territorio nacional, el extranjero deberá presentarse ante los responsables del control fronterizo por el que se efectuase la salida, para que se estampe sobre su pasaporte un sello de salida, circunstancia que será anotada en el Registro Central de Extranjeros y comunicada, por medios telemáticos cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Además, si pasados los tres meses el extranjero no sale del país y decide quedarse de forma irregular, se prevé la imposibilidad de obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.

Sin embargo, estas medidas de control de la salida del extranjero del territorio nacional posiblemente sean poco efectivas, al limitarse a un mero compromiso de salida del extranjero⁴³, que perfectamente podrá quedarse en España de forma irregular e incluso lograr su regularización por arraigo pasados los dos años con los que se penaliza el incumplimiento del retorno, por lo que debe tenerse especial cuidado para que los visados para la búsqueda de empleo no terminen convirtiéndose en una vía de acceso a la bolsa de extranjeros irregulares en vez de al mercado nacional de trabajo.

El establecimiento de un número de visados para búsqueda de empleo tiene carácter facultativo [la expresión “podrá establecer” utilizada por el art. 39 LOE, así lo indica], ha de concebirse circunscrito al ámbito de la gestión colectiva de contrataciones en origen y restringido a determinados sectores de actividad u ocupaciones que habrán de concretarse en el Acuerdo por el que se apruebe anualmente la gestión colectiva de contrataciones en origen, así como a los casos de extranjero hijo o nieto de español de origen, por lo que su uso queda bastante tasado. Es más, el balance de esta figura no es nada halagüeño, comenzando por su tardía puesta en práctica, pues desde su configuración a raíz de la LO 14/2003, hasta el contingente previsto para 2006, pasaron tres años sin que se dispusiera un número de visados para la búsqueda de empleo, siendo especialmente reseñable, además, su escasa utilización por los trabajadores extranjeros. De hecho, para el año 2010 el cupo de visados para la búsqueda de empleo es cero, tanto para los dirigidos a hijos o nietos de español de origen, como para los que quedan restringidos a determinados sectores de actividad u ocupaciones.

Por lo que hace al visado para la búsqueda de empleo dirigido a hijos o nietos de español de origen es una medida de preferencia positiva, que a diferencia del visado para la búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones no queda restringido a ningún tipo de actividad o sector económico, ya que la contratación de los hijos o nietos de español de origen conforme al art. 40 LOE es uno de los supuestos exceptuados de la valoración de la situación nacional de empleo.

En cuanto al visado para la búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones, el RLOE circunscribe su aplicación al ámbito territorial y al sector de actividad “donde existan puestos de trabajo de difícil cobertura y las

⁴³ CAMÓS VICTORIA, Ignasi. 2007, p. 504.

circunstancias específicas del mercado laboral concernido determinen que los puestos puedan cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema”, con lo que puede hablarse de una doble limitación objetiva y territorial, condicionadas a las circunstancias específicas del mercado laboral, que podrá verse excepcionada por la Dirección General de Inmigración “cuando se produzcan circunstancias imprevistas en el mercado laboral”. Ello significa que las Oficinas de Extranjeros o Áreas de Trabajo e Inmigración inadmitirán a trámite o denegarán, en su caso, las solicitudes que se presenten para otra ocupación o ámbito territorial distintos a los previstos para su autorización, salvo que se produzcan circunstancias imprevistas en el mercado laboral, conforme con las cuales la Dirección General de Inmigración disponga que la autorización de residencia y trabajo sea concedida en otro ámbito territorial o sector de actividad distintos a los inicialmente previstos.

Los sectores para los que se destinan estos visados son aquellos en los que empleador y empleado necesitan una toma de contacto previa antes de adoptar la decisión de contratar, como ocurre con el servicio doméstico, para el que fueron concebidos originariamente en el contingente de 2002. Ni la Ley ni el Reglamento dan ninguna noción al respecto, fijándose anualmente en la Orden por la que se aprueba la gestión colectiva de contrataciones en origen. En estos últimos años tales sectores han sido además del servicio doméstico, la hostelería y en menor medida la construcción.

Esta modalidad de visado para la búsqueda de empleo está muy vinculada a los acuerdos establecidos con España para una mejor ordenación y/o gestión de los flujos migratorios, pues junto a la referencia genérica a la orientación preferente hacia esos países de las ofertas de empleo que se realicen a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, el desarrollo reglamentario del visado para la búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones señala que el encargado de la selección de la mano de obra en cada país será el “organismo de selección previsto en el acuerdo de regulación de flujos” (art. 83.2 RLOE). Tenor literal que ha de concebirse, en la línea marcada en todo el contingente, como una preferencia por los nacionales de los países con los que España ha suscrito estos acuerdos, no como una restricción de esta figura exclusivamente a los nacionales de esos países⁴⁴.

IV. LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN PREVISTA PARA 2010

La Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010⁴⁵, tiene la virtualidad de aprobar la primera previsión anual de las ocupaciones, así como de las cifras provisionales de empleos que se podrán cubrir a través de éste procedimiento, una vez vigente la LO 2/2009, lo que conlleva la incorporación de las novedades aportadas en la LO 2/2009 y

⁴⁴ CAMÓS VICTORIA, Ignasi. “Artículo 83. Visado para búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones”, en: RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (Dir.) y ROJAS RIVERO, Gloria Pilar (Coord.). 2007, p. 511.

⁴⁵ BOE de 29 de diciembre de 2009.

en el RD 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el RLOE. A la expectativa que ello pudiera generar, ha de sumarse el contexto económico-laboral preexistente, que podía hacer presagiar la aprobación de un cupo igual a cero.

Así pues, haciendo gala de la competencia atribuida por la LO 2/2009 al Ministerio de Trabajo e Inmigración para su aprobación, dicho Ministerio, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, mediante la información suministrada por el Servicio de Empleo Público Estatal y las respectivas propuestas de las Comunidades Autónomas, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, ha considerado procedente aprobar la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010.

Por lo que hace a los aspectos procedimentales, la Orden TIN/3498/2009 reproduce lo preceptuado por la Resolución de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispuso la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2008, por el que se reguló el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009⁴⁶, con la salvedad de que la nueva gestión colectiva de contrataciones en origen reglamenta la participación de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena⁴⁷. En concreto, cuando la relación laboral se vaya a desarrollar únicamente en el territorio de una Comunidad Autónoma que hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, con respecto a la tramitación de ofertas genéricas de carácter estable, puede verse: el apartado 4 del artículo 8 Orden TIN/3498/2009 sobre la presentación de solicitudes de ofertas genéricas y órgano de tramitación; el apartado 2 y 4 del artículo 9 Orden TIN/3498/2009 en relación a la tramitación de las solicitudes de las ofertas genéricas de carácter temporal; el apartado 5 y la letra c) del apartado 7 del artículo 11 Orden TIN/3498/2009 para la gestión de las autorizaciones de residencia y trabajo de las ofertas genéricas de carácter estable. Del mismo modo, cuando se trate de ofertas nominativas y la relación laboral se vaya a desarrollar únicamente en el territorio de una Comunidad Autónoma que hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, habrá de tenerse en cuenta: el apartado 3 del artículo 14 Orden TIN/3498/2009 sobre la presentación de solicitudes y órgano de tramitación de las ofertas nominativas; el apartado 3 del artículo 15 Orden TIN/3498/2009 en relación a la tramitación de las solicitudes de ofertas nominativas; y el párrafo 4 del artículo 16 Orden TIN/3498/2009 para la resolución de las ofertas nominativas.

La gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010, al igual que sus predecesores, determina que las ofertas, tanto de carácter estable como temporal, pueden ser formuladas de forma genérica o nominativa, de acuerdo con los requisitos establecidos para cada una de estas modalidades, pese a que tras la reforma por LO

⁴⁶ BOE de 7 de enero de 2009.

⁴⁷ Tal es el caso de Cataluña, conforme con el Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña.

2/2009 se elimina la alusión del artículo 39 LOE a las ofertas nominativas, y concreta un número provisional de ofertas de empleo de carácter estable, con el fin de adaptar las previsiones de contratación de trabajadores extranjeros a lo largo del año a las necesidades reales de mano de obra.

El número provisional de ofertas de empleo genéricas de carácter estable es el más bajo de la historia del contingente, con 168 ofertas, consolidándose la tendencia a la baja que desde los inicios de la crisis económica ha venido sucediéndose, pues ya en el año 2008 se observó una sustanciosa rebaja (de 27.034 ofertas genéricas de carácter estable en 2007, se pasó a 15.731) y en el año 2009 descendió un 94% con respecto al año 2008 (con 901 ofertas). El cambio no sólo ha sido cuantitativo, debiendo reseñarse la transformación que ha sufrido el perfil laboral demandado, pasándose de cubrir nichos laborales en la construcción y el sector servicios, al requerimiento exclusivamente de médicos especialistas e ingenieros para 2010. Ello se debe a las consecuencias que la crisis económica ha tenido en la situación nacional de empleo, en cuyo contexto se han visto más afectados los puestos de trabajo para el personal menos cualificado.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La nueva gestión colectiva de la contratación en origen, heredera del contingente de mano de obra extranjera, constituye el resultado de la experiencia de los distintos contingentes caecidos en España y de la constante evolución normativa. Desde sus orígenes su configuración normativa ha estado sujeta a continuas modificaciones, en el intento de ajustarse a la coyuntura del momento, intentado corregir -con mayor o menor éxito- sus deficiencias.

Desde sus inicios, la gestión colectiva de contrataciones en origen ha sido ampliamente criticada por la doctrina⁴⁸. En cuanto a los aspectos procedimentales, se ha incidido: en la rigidez del sistema⁴⁹, en lo tedioso del procedimiento y en la desproporción entre los puestos de trabajo ofertados y los realmente cubiertos, pues en los últimos años no se han agotado las ofertas de carácter estable inicialmente previstas, de lo que se deduce por un lado la falta de capacidad de la Administración para determinar los puestos de trabajo demandados por el mercado nacional⁵⁰, y por otro, la falta de

⁴⁸ Se han señalado “tres puntos oscuros” en su regulación: la inseguridad jurídica, la presunción de fraude y el “maltrato” al extranjero. MARAÑÓN MAROTO, María Teresa y VIDAL DE MARTÍN SANZ, Luis. “Aspectos laborales de la nueva Ley de extranjería”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 22, 2000, p. 69 y SAGARRA TRIAS, Eduard. *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 2002, p. 195.

⁴⁹ Vid. BALLESTER PASTOR, María Amparo. 2004, p. 18 e IGARTÚA MIRÓ, María Teresa. “Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de extranjería” en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Murcia, Laborum, 2005, p. 103.

⁵⁰ RUIZ DE OLABUÉNAGA, José Ignacio. *Inmigrantes*, Madrid, Acento Editorial, 2000, p. 79. Vid. BALLESTER PASTOR, María Amparo. 2004, p. 43 e IGARTÚA MIRÓ, María Teresa. 2005, p. 102.

cultura empresarial suficiente para su utilización⁵¹. Pero si ha habido una crítica más que reiterada es la vinculación entre la regularización extraordinaria de trabajadores extranjeros que se encuentran irregularmente en España y el contingente⁵², que se ha intentado solventar evitando que los extranjeros que se hallen o residan en España puedan acceder al mismo.

La gestión colectiva de contrataciones en origen es una vía de acceso al mercado nacional de trabajo plenamente consolidada en la política nacional de inmigración, que reforma tras reforma pretende solventar sus deficiencias, logrando importantes avances, pero que en la práctica no es la modalidad de entrada de mano de obra extranjera más utilizada, ni consigue erigirse como la fórmula más idónea de canalización de flujos laborales extranjeros. De hecho, la tramitación individual de una oferta nominativa es la fórmula más usual de acceso al mercado nacional de trabajo⁵³.

⁵¹ CHARRO BAENA, Pilar (Coord.) VV.AA. "El acceso e integración en el mercado de trabajo", en: SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.). *Conclusiones al Seminario: La inmigración en España. Marco jurídico e implicaciones prácticas*, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, noviembre de 2005, p. 17.

⁵² Para SAGARRA TRIAS, Eduard. 2002, p. 196 "la filosofía o *ratio legis* que persigue la política de Contingentes se basa en una falsedad legal, ya que sobre el papel se dirige a los inmigrantes que quieren entrar en España a trabajar, (pues los que ya se hallan en el Estado son irregulares o "sin papeles" a los cuales sólo les cabría acogerse a las regularizaciones), sin embargo, lo paradójico es que quién lo solicita son personas que ya están aquí; y lo más grave del caso es que la Administración lo sabe, lo tolera, lo fomenta y da la sensación que disimula o enmascara una difícil realidad". Cfr. ALARCÓN MOHEDANO, Ignacio, MARAÑÓN MAROTO, María Teresa y VIDAL DE MARTÍN SANZ, Luis. *Derecho de Extranjería. Práctica Administrativa y Jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 311 y CARDONA RUBET, María Belén. "El trabajo de la inmigración en España", en: ABAD MONTES, FRANCISCO y DELGADO PADIAL, Antonio. 1999, p. 204.

⁵³ Según los datos del Observatorio Valenciano de las Migraciones www.ceimigra.net, en el periodo comprendido entre los años 2002-2007, el contingente supuso de media únicamente el 9% del aumento de altas a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros.